



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

**JAMES THEODORO DA SILVA**

**APLICABILIDADE DO MÉTODO COMPARATIVO NO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2013

**JAMES THEODORO DA SILVA**

**APLICABILIDADE DO MÉTODO COMPARATIVO NO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para conclusão do curso de bacharelado em  
Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e  
Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Christine Oliveira  
Peter da Silva.

**BRASÍLIA**

2013

**JAMES THEODORO DA SILVA**

**APLICABILIDADE DO MÉTODO COMPARATIVO NO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília, 2 de junho de 2013

Banca Examinadora

---

Prof<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva, Dr<sup>a</sup>.

Orientadora

---

Prof<sup>a</sup>. Larissa Maria Melo Souza, Me.

Examinador

---

Prof. Renato Zerbini Ribeiro Leão, Dr.

Examinador

*Agradeço pela graça divina de estar encerrando mais uma etapa de minha vida. Agradeço a minha mãe que em todos os momentos desta aventura sempre me apoiou. Agradeço o apoio da minha família, que sempre compreendeu as minhas ausências para as atividades acadêmicas. Agradeço especialmente a todos os profissionais do Uniceub que me auxiliaram até o final desta empreitada.*

*Dedico esse trabalho especialmente a meus avós, Yolanda Mafalda Santoro Pinto e Rosalvo Pinto Filho, cuja lembrança estará sempre viva em mim.*

## *AGRADECIMENTOS*

À Professora Doutora Christine Peter os meus mais profundos agradecimentos por me ensinar que há determinadas lições que somente aquela situação específica poderia ensinar, e precisamos mais dela do que do conforto de padrões estabelecidos.

Ao Professor Inocêncio Mártires Coelho agradeço eternamente por me ensinar o valor da simplicidade na academia e a dar o que se encontrou, como um presente, a quem quer que o aceite.

*“ Venham até a borda, ele disse. Eles disseram: Nós temos medo.*

*Venham até a borda, ele insistiu. Eles foram. Ele os empurrou....*

*E eles voaram.....”*

Guillaume Apollinaire

## RESUMO

A presente monografia pretende, por meio de uma análise de decisões tomadas perante o Supremo Tribunal Federal, dentre aquelas que utilizaram decisões estrangeiras para fundamentar suas conclusões (são referenciais teóricos o Estado Constitucional Cooperativo e a Teoria da Constituição como Cultura propostos por Peter Häberle) verificar como ocorre na prática processual desta Corte a utilização do método comparativo. Para tanto, o trabalho propõe uma análise crítica de alguns julgados desta Corte com o objetivo de cotejá-los com os principais elementos da teoria de interpretação constitucional comparativa proposta por Peter Häberle, a partir do seu conceito de Estado Cooperativo. A pesquisa mostra claramente que o Supremo Tribunal Federal utiliza jurisprudência estrangeira sem atentar para as características preconizadas por Pete Häberle para o quinto elemento interpretativo, denominado método comparativo. Tampouco a metodologia clássica do Direito Comparado é manejada nos acórdãos pesquisados. Nos oito acórdãos pesquisados, as decisões das Cortes Constitucionais estrangeiras são manejadas de forma a servirem como argumentos por analogia, ou ilustração, sem qualquer preocupação com a metodologia comparativa.

Palavras chaves: Direito Constitucional, Estado Constitucional Cooperativo, Teoria da Constituição e Cultura, Método Comparativo.

# SUMÁRIO

RESUMO .....	7
INTRODUÇÃO .....	10
1 ESTADO CONSTITUCIONAL .....	13
1.1 Estado Constitucional Cooperativo .....	13
1.2 Conceito e Finalidade do Estado Constitucional Cooperativo .....	15
1.3 Constituição e Cultura .....	16
1.4 O novo método de interpretação comparativo .....	17
2 APLICAÇÃO DO MÉTODO COMPARATIVO NO STF .....	20
2.1 Explicações Necessárias.....	20
2.2 ADPF 132/ RJ- RIO DE JANEIRO.....	21
2.2.1 Breve Descrição do Caso .....	21
2.2.2 Análise dos Votos que utilizaram Decisões Estrangeiras .....	24
2.2.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	25
2.3 Rcl 6568/SP – SÃO PAULO .....	26
2.3.1 Breve Descrição do Caso .....	26
2.3.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	28
2.3.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	30
2.4 HC 91676/ RJ – RIO DE JANEIRO .....	30
2.4.1 Breve Descrição do Caso .....	31
2.4.2 Análise do Voto que Utilizou a Decisão Estrangeira.....	32
2.4.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	33
2.5 RHC 93172/SP – SÃO PAULO .....	33
2.5.1 Breve Descrição do Caso .....	34
2.5.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	34
2.5.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	35



2.6 RE 466343/SP – SÃO PAULO .....	36
2.6.1 Breve Descrição do Caso .....	36
2.6.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	37
2.6.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	38
2.7 ADI 3510/ DF – DISTRITO FEDERAL.....	39
2.7.1 Breve Descrição do Caso .....	39
2.7.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	42
2.7.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	42
2.8 HC 82959/SP – SÃO PAULO .....	43
2.8.1 Breve Descrição do Caso .....	43
2.8.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	44
2.8.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	46
2.9 ADI 2797/DF – DISTRO FEDERAL .....	46
2.9.1 Breve Descrição do Caso .....	46
2.9.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira .....	48
2.9.3 Análise da Utilização do Método Comparativo .....	49
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	51
4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

## INTRODUÇÃO

Conforme assevera Christine Peter, tem-se observado em diversas cortes constitucionais a intensificação da utilização de decisões estrangeiras sobre matéria de direitos fundamentais no processo deliberativo constitucional para concretização dos direitos fundamentais, sendo considerada uma tendência mundial<sup>1</sup>.

Em sua tese, demonstra que o Supremo Tribunal Federal apresenta aproximadamente 200 decisões ondem constam precedentes estrangeiros a fundamentar os votos dos Ministros. Alerta também para intensidade desta ocorrência estar concentrada nos anos de 2010 a 2012.

Além disso, informa que há no site do Supremo Tribunal Federal um banco de dados com decisões de outras cortes constitucionais bem como a disponibilização das decisões da Magna Corte em língua estrangeira. Conjugando-se a participação da Suprema Corte em várias comissões constitucionais, tais como a Comissão Veneza, com o objetivo de criar intercâmbio entre magistrados, a professora em seu trabalho chega à conclusão de que há uma tendência, mesmo que seja instrumental, do Supremo Tribunal Federal a um diálogo transnacional, denominado transjusfundamentalidade.

Esta monografia se concentra na problemática do uso do método comparatista para a interpretação constitucional pela Suprema Corte de nosso país. Tornando-se, assim, interessante o estudo da jurisprudência da Corte brasileira quando fundamentada em decisões de Cortes constitucionais estrangeiras, tentando-se identificar a forma como utiliza o quinto método interpretativo proposto por Peter Häberle.

A hipótese da presente monografia é que a despeito do Supremo Tribunal Federal utilizar-se de decisões estrangeiras para a resolução de conflitos, com o fito de atender o comando constitucional de cooperação, insculpido no preâmbulo da Constituição Federal, não se vislumbra um método específico de aplicação do quinto método interpretativo

---

<sup>1</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

preconizado pelo autor alemão.

Assim, o objetivo geral é estudar de que maneira o Supremo quando utiliza as decisões de cortes constitucionais estrangeiras em seus acórdãos, leva em conta as ponderações de Häberle quanto a análise da cultura, da língua e das particularidades do sistema jurídico estrangeiro para tomada de suas decisão. Para isso pretende-se analisar especificamente o argumento estrangeiro utilizado pelos Ministros em suas deliberações pelo método de estudo de precedente adaptado.

Cabe aqui uma ressalva para utilização do método do estudo de precedente “adaptado” neste trabalho. Com o termo “adaptado” pretende-se dizer que não se utilizará do método de forma integral conforme proposto por Christine Peter<sup>2</sup>, mas sim, uma descrição sucinta do caso, da controvérsia e das argumentações. Dá-se ênfase a identificação dos fundamentos que utilizaram decisões estrangeiras com o intuito de averiguar o modo de sua utilização.

Peter Häberle é o principal marco teórico utilizado na presente monografia, pois partindo do pressuposto de que na interpretação constitucional não há exclusividade na interpretação da constituição, consagra-se o método comparativo como o quinto elemento interpretativo frente a desenvolvimentos teóricos como o Estado Constitucional Cooperativo<sup>3</sup> e a Teoria da Constituição como Ciência da Cultura<sup>4</sup>.

Este trabalho é dogmático porque utiliza o aporte teórico do Estado Constitucional Cooperativo para explicar como o método comparativo deve ser entendido e analisado no estudo de acórdãos selecionados no segundo capítulo. É também instrumental na medida em que investiga como o método comparativo é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao proposto por Häberle.

A presente monografia foi estruturada pelo método dedutivo, pois se partiu

---

<sup>2</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>4</sup> HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid : Editorial Tecnos, 2000.

da construção do Estado Constitucional Cooperativo até a análise da aplicação do método comparativo à decisões selecionadas da Corte Constitucional brasileira. Para tanto, utilizou-se a técnica de levantamento bibliográfico, por meio da indicação, da orientadora, de livros e artigos relacionados ao método comparativo e a técnica de análise documental de decisões selecionadas da Corte Constitucional que se utilizou de tal método.

No primeiro capítulo, a partir dos paradigmas de globalização se formula o conceito de um novo tipo de Estado Constitucional, denominado Estado Constitucional Cooperativo, que a partir de uma releitura do conceito de soberania se fundamenta na necessária compreensão da Constituição como construção cultural de uma sociedade.

No segundo capítulo, a proposta é analisar a utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se o método de estudo de precedente “adaptado” com o objetivo de identificar uma metodologia específica na utilização do quinto elemento interpretativo nos moldes propostos por Peter Häberle.

No terceiro capítulo, trata-se da apresentação de considerações finais onde há uma sugestão metodológica de aplicação do quinto elemento de interpretação que leva em conta os principais elementos elencados pelo teórico alemão de forma a contemplar a teoria, por ele proposta, da Constituição como produto de uma cultura.

O trabalho não pretende esgotar a temática pelas suas limitações óbvias, mas lançar luzes sobre temática ainda pouco explorada no Brasil.

# 1 ESTADO CONSTITUCIONAL

## 1.1 Estado Constitucional Cooperativo

Conforme assevera Canotilho, a concepção clássica de Estado<sup>5</sup> está em processo de mutação devido à globalização, à internacionalização e a integração entre entes Estatais<sup>6</sup>. Para este autor, este “novo Estado”, denominado Estado Constitucional, é mais que um Estado de Direito, pois há a introdução do elemento democrático como forma de legitimação do poder político.<sup>7</sup>

Peter Häberle visualiza os fenômenos acima listados sob o aspecto sócio-econômico, os quais têm como principal consequência a maior interdependência entre os entes Estatais Soberanos.<sup>8</sup> E sob o aspecto ideal-moral<sup>9</sup>, baseado no progressivo reconhecimento dos Direitos Humanos e Fundamentais pelos Estados Soberanos, tanto para seus cidadãos quanto para as sociedades de outros Estados Soberanos, resultando, assim, num elemento ético-moral que permeia a convivência em sociedade capaz de influenciá-las em suas condutas.<sup>10</sup>

As significativas alterações nas relações entre Estados Soberanos, principalmente no aspecto da cooperação entre esses entes no cenário internacional, têm levado autores, como Benedito Hespánha, afirmar que há uma expansão de um princípio universal de justiça política que garante os direitos do cidadão e das sociedades em qualquer país, assegurando uma justiça personalíssima, ou seja, o direito de ser homem, que extrapola as fronteiras nacionais de qualquer Estado, num contexto internacional. Para este autor, esse é

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 89-90.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

<sup>8</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

um fenômeno irreversível.<sup>11</sup>

Uma nova ordem jurídica mundial, mais aberta e pluralista, na visão de Häberle, conforma-se no cenário mundial, e também um novo tipo de Estado, o denominado Estado Constitucional Cooperativo, onde a distinção entre Direito Constitucional e Direito Internacional torna-se fluída. Este Estado, para o autor alemão, se encontra em um complexo tecido de relações internacionais e supranacionais que promoveriam uma solidariedade internacional em prol de uma política mundial para a paz.<sup>12</sup>

A lógica da cooperação conduz a uma interdependência entre os sujeitos da relação, tendo como necessária consequência à recepção, no âmbito constitucional soberano, de valores e normas exógenos partilhados por todos os integrantes da comunidade internacional.<sup>13</sup> O Estado Constitucional Cooperativo fica, assim, vinculado a normas e princípios internacionais, em sua função jurisdicional, conforme o autor português assevera: “justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados de Direito Internacional”<sup>14</sup>.

Também conduz a um novo entendimento do conceito de soberania estatal, pois se cria a possibilidade de constrangimentos e cobranças de outros Estados para a proteção dos direitos humanos, sob o fundamento de que o indivíduo deve ter seus direitos protegidos no âmbito internacional.

---

<sup>11</sup> HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, nº 30, jan.- mar. 2000, p. 27.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 257-258.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

## 1.2 Conceito e Finalidade do Estado Constitucional Cooperativo

No contexto de um Estado Constitucional Cooperativo, a disciplina que estuda o estabelecimento de um diálogo entre o Direito Constitucional interno e as normas e princípios de outras nações denomina-se Direito Constitucional Comparado, que pode ser assim conceituada:

“ Como su nombre lo indica, la citada disciplina se dirige, a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación en tales ordenamientos. Es precisamente la última fase de construcción y elaboración doctrinal la que permite transformar lo que a primeira vista aparece como un estricto método de investigación en una verdadera y propia ciencia jurídica autónoma.”<sup>15</sup>

Desse ponto de vista, o principal objeto a ser estudado é a Constituição dos países soberanos, não importando sua forma, se escrita ou costumeira, bem como leis tidas com o status constitucional.<sup>16</sup> O autor italiano, na obra *“Introdução Al Derecho Constitucional Comparado”*, vislumbra que esta disciplina possui um enfoque cultural, pois o estudo de outros ordenamentos jurídicos é de capital importância para o desenvolvimento do direito nacional, podendo auxiliar na confecção de normas internas, desde que possua um arcabouço constitucional próximo. Permitindo assim, que experiências consagradas em outros países possam ser também utilizadas no país pátrio sem o necessário transcorrer do tempo.<sup>17</sup>

De fato, conforme este autor, a pesquisa comparativa, muitas vezes, leva a uma melhor compreensão e valorização das instituições legais da legislação nacional, tendo em conta a comparação sistemática com sistemas jurídicos estrangeiros, especialmente se eles vêm da mesma linhagem genealógica, poderá facilitar, em muitas ocasiões, a identificação de

<sup>15</sup> RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 79.

<sup>16</sup> RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 81-82.

<sup>17</sup> RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 81.

princípios que até então estavam latentes e quase ocultos dos estudiosos do direito positivo do próprio Estado.<sup>18</sup>

O exemplo emblemático de tal assertiva encontra-se na União Européia, onde tem-se farta utilização desse método com a finalidade de uma uniformização de entendimento legislativo para que os Estados integrantes deste respectivo bloco supranacional atue com mais eficiência.<sup>19</sup>

### 1.3 Constituição e Cultura

Entretanto, para utilização do método comparativo, o elemento cultural tem relevância capital, uma vez que os sistemas jurídicos são provenientes da criação humana, ou seja, são um produto cultural de cada sociedade. E como tal, possuem particularidades próprias que impeçam, aparentemente, a utilização da comparação.

A teoria da Constituição como Cultura foi desenvolvida por Peter Häberle para enfrentar tal problema<sup>20</sup>, propondo um conceito de cultura, mais abrangente, que contém insumos sociológicos e antropológicos tais como educação, ciência, artes, todos os tipos de conhecimentos, crenças, moral, leis, costumes e usos sociais de uma determinada sociedade.<sup>21</sup>

Para Peter Häberle, a compreensão no âmbito da concretização constitucional necessita incorporar também o elemento cultural no manejo dos conceitos jurídicos já existentes. Isto porque a variedade temática das atuais constituições, vista como um todo, aponta para uma forte correlação entre Constituição e cultura de uma sociedade, em

---

<sup>18</sup> RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 80.

<sup>19</sup> RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 80-81.

<sup>20</sup> HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid : Editorial Tecnos, 2000.

<sup>21</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: novembro 2012.



certo tempo da sua história.<sup>22</sup>

A complexidade de tal análise conduz ao estabelecimento de diálogo com a comunidade internacional de cortes constitucionais com vistas a produção de conhecimento para a interpretação constitucional comparativa. Traduzindo-se, inevitavelmente, numa abertura do processo de interpretação constitucional nos moldes preconizado por Peter Häberle da sociedade aberta de intérpretes.<sup>23</sup>

## 1.4 O novo método de interpretação comparativo

A interpretação comparativa, conforme Canotilho, tem o objetivo de estudar a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos para esclarecer o significado e atribuir a determinados enunciados lingüísticos utilizados na formulação de normas jurídicas, dando um enfoque valorativo na utilização do direito comparado.<sup>24</sup>

O direito comparado, no entendimento de Marc Ancel, é basicamente a identificação dos pontos convergentes e divergentes entre dois ou mais sistemas jurídicos nacionais.<sup>25</sup> Para isso, é preciso conhecer uma instituição do direito estrangeiro e cotejá-la com uma instituição jurídica do direito pátrio a partir de um caso concreto<sup>26</sup>. Para este autor, a comparação de direitos pode ser realizada de várias formas.

A primeira forma, utilizando o método histórico e sociológico, analisa a evolução de um conjunto de direitos tentando identificar as causas de seu desenvolvimento. A

---

<sup>22</sup> Peter Häberle apud SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: novembro 2012.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.214.

<sup>25</sup> ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 44.

<sup>26</sup> ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 50.

segunda forma, utiliza uma comparação normativa por meio da verificação de conceitos jurídicos classificados em categorias. A última forma, comparando diferentes direitos nacionais tenta ultrapassar as suas particularidades para alcançar os fundamentos de um sistema jurídico universal.<sup>27</sup>

O autor francês, discorrendo sobre os embates doutrinários a respeito sobre a definição do que é direito comparado, função, natureza e posição perante outras ciências jurídicas, chega a conclusão de que o direito comparado não é nem uma ciência especial nem um ramo do Direito, sendo apenas um método comparativo utilizado no âmbito das ciências jurídicas.<sup>28</sup>

No mesmo diapasão, Marc Ancel entende que o direito comparado é, ao mesmo tempo, um meio e uma expressão da cooperação internacional no plano jurídico. Isto porque através da pesquisa comparativa, juristas de diferentes países, e até de sistemas divergentes, têm a possibilidade de cooperar. E assim ocorrerá, quando trabalhos comuns forem iniciados para tentar resolver novos problemas, ou para responder às necessidades não satisfeitas pelas velhas regras ou instituições.<sup>29</sup>

A lógica subjacente dos métodos clássicos de interpretação propostos por Savigny não se coaduna com o surgimento dos novos problemas no âmbito do Estado Constitucional Cooperativo. Diante deste contexto, Peter Häberle propõe um quinto método de interpretação jurídica: o método comparativo. Por meio deste método, o Direito Constitucional deve ser entendido como o resultado da cultura de uma sociedade, e não somente um texto jurídico. Assim, a Constituição de um país seria a representação de um estágio de seu momento cultural, o fundamento de suas esperanças<sup>30</sup>.

O autor alemão entende que a utilização do método comparativo, no âmbito constitucional, pelo ponto de vista cultural, permite um entendimento aprofundado do próprio

---

<sup>27</sup> ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 45-46

<sup>28</sup> ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980 p. 46-47.

<sup>29</sup> ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 140.

<sup>30</sup> HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. Trad. Hector Fix-Fierro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Interpretación constitucional**. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 677.

estágio constitucional em que se encontra um ente estatal<sup>31</sup>, pois só assim seria possível justificar a razão de textos iguais serem interpretados de forma distinta, ou institutos semelhantes, em nações distintas, terem finalidades diferentes.

Peter Haberle entende que, no âmbito dos direitos humanos, deve-se analisar toda a legislação de outras jurisdições constitucionais, suas decisões de tribunais e os estudos desenvolvidos por seus doutrinadores, porque vislumbra uma convergência da comunidade mundial de estados constitucionais para uma comunidade de direitos humanos. Exemplifica esta convergência por meio dos pactos regionais de direitos humanos, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a Convenção Européia sobre Direitos Humanos. Estes são fonte de interpretação constitucional utilizados no direito comparado.

Assim, para o professor alemão, há a possibilidade de as cortes constitucionais aperfeiçoarem reciprocamente na concretização dos direitos humanos. Informa que na Europa há uma proliferação de matérias sobre direitos humanos que foram utilizadas como quinto elemento de interpretação a partir do método de direito comparado. Alerta que não é uma simples transposição, mas uma comparação cultural onde os contextos culturais devem assemelhar-se, exemplificando com a vinculação cultural entre os países ibéricos e os países latino-americanos.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. Trad. Hector Fix-Fierro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Interpretación constitucional**. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 680 a 681.

<sup>32</sup> HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p.10.

## 2 APLICAÇÃO DO MÉTODO COMPARATIVO NO STF

### 2.1 Explicações Necessárias

A pesquisa feita teve por método a análise de uma determinada série de julgados do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a seleção de acórdãos foi efetivada por busca no site do próprio Tribunal, na seção “Pesquisa de Jurisprudência”, em virtude da facilidade de acesso a tal fonte.

O primeiro critério de busca empregado baseou-se na expressão combinada “decisão estrangeira” E “Haberle”, resultando um universo de 10 acórdãos. A utilização desses operadores justifica-se pelo objeto da presente monografia. Dessa forma, possibilita-se que sejam analisados acórdãos que se refiram à decisões estrangeiras e, de alguma forma, esteja relacionados com às teorias de Peter Haberle.

Esses dez acórdãos foram analisados, em conjunto com a orientadora desta monografia, com o objetivo de se evitar trazer para este trabalho acórdãos que versem sobre o mesmo conteúdo ou que não tivessem relevância para os objetivos propostos por esta pesquisa. Assim chegou-se ao número final de oito acórdãos a serem estudados. Para facilitar o exame das decisões estrangeiras utilizadas nestes acórdãos foram transcritos as suas respectivas ementas e, conforme se mostre útil, transcritos alguns trechos dos votos dos ministros que fundamentaram seus argumentos por meio dessas decisões.

Christine Peter, em seu texto *Metodologia de Estudos de Precedentes*, anuncia que Canotilho apresenta um método de trabalho para os problemas de interpretação das normas constitucionais que leva em conta a dogmática jurídica utilizada na tomada de decisão quanto à teoria do discurso e da argumentação jurídica.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

Elenca os seguintes elementos em um estudo dessa natureza: descrição dos fatos, identificação da matéria ou problema a ser solucionado, sistematização dos argumentos ou opiniões sobre a questão, descrição da decisão ou conclusão opinativa sobre a questão posta e explicação sobre as razões envolvidas na decisão.<sup>34</sup>

Também apresenta, segundo a doutrina norte-americana, os elementos necessários para um estudo de precedente: escolha do precedente a ser estudado, sistematização dos fatos descritos no precedente, identificação clara e objetiva da questão discutida, discussão sobre os argumentos apresentados ou não, busca de uma ou mais soluções para o problema, teste de prognósticos das soluções apresentadas.<sup>35</sup>

Esta pesquisa visa apresentar o uso do método comparativo pela jurisprudência constitucional brasileira com o fito de identificar a maneira como o Supremo Tribunal Federal recorre ao direito estrangeiro para tomar suas decisões. Para tanto, utilizou-se o método do estudo de precedentes proposto por Christine Peter<sup>36</sup>, adaptado, examinando-se fundamentalmente a contribuição das decisões estrangeiras para a decisão final do Tribunal.

## **2.2 ADPF 132/ RJ- RIO DE JANEIRO**

### **2.2.1 Breve Descrição do Caso**

---

<sup>34</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

<sup>35</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

<sup>36</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

Cuida-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em defesa de pessoas do mesmo sexo que se relacionam, principalmente no âmbito dos servidores públicos, uma vez que os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica, todos situados no artigo 5º da Constituição da República, segundo o autor, têm sido sistematicamente violados neste contexto.

O autor da ADPF justifica sua legitimidade por meio da pertinência temática da questão em tela, já que entende ser o legítimo representante da população fluminense, a qual incorpora parcelas de pessoas que se relacionam de forma homoafetiva e lembra que há inúmeras controvérsias tanto administrativas quanto judiciais a respeito de direitos pertinentes a servidores estaduais homoafetivos.

No mérito, o autor postula, para uniões cuja convivência seja pública e contínua com o objetivo de constituição de uma unidade familiar duradora, igualar as uniões homoafetivas estáveis às uniões estáveis de casais de sexo oposto, declarando-se, assim, liminarmente, que decisões administrativas que igualam as uniões homoafetivas às uniões de casais de sexo oposto sejam válidas, aplicando-se o regime jurídico estatutário às relações homoafetivas. O Plenário do Supremo Tribunal Federal acordou em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF e rejeitadas todas as preliminares. Os ministros acordaram em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 / RJ – Rio de Janeiro, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento:05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+132%29&base=baseAcordao&surl=http://tinyurl.com/bmf98ln>>. Acesso em : maio 2013. EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da

### 2.2.2 Análise dos Votos que utilizaram Decisões Estrangeiras

O Ministro Marco Aurélio em sua argumentação, afirma que cabe a cada indivíduo formular o projeto de vida que permitirá o desenvolvimento de sua personalidade e exemplifica tal afirmativa por meio das decisões *Loayza Tamayo versus Peru* e *Cantoral Benavides versus Peru*, onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou este preceito jurídico, já que este integra o conteúdo material da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o Ministro Marco Aurélio utilizou o caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*<sup>38</sup>, como ilustração, julgado em 12 de setembro de 2005, para fundamentar a tese de que cabe a cada indivíduo, exercitando a liberdade de escolha, decidir qual opção de vida lhe pareça melhor, e consequentemente, afirma ser dever do Estado apoiar os indivíduos na consecução de seus projetos de vida, com o fim de desenvolver a personalidade. Dessa forma, o ministro prolatou seu voto no sentido de julgar procedente a ação constitucional.

Também o Ministro Celso Mello exemplificou a extensão da aplicação do princípio da busca da felicidade, que compreende a garantia de casar-se com pessoas de etnias

---

impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva

<sup>38</sup> “...Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005: Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 / RJ – Rio de Janeiro, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+132%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmf98ln>>. Acesso em : maio 2013.



diferentes e a tutela da intimidade, em diversos precedentes aplicados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, tais como *In Re Slaughter House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978).

Também apontou para a positivação do princípio da felicidade positivada nos textos da Constituição do Japão de 1947, da Constituição da República Francesa de 1958 e da Constituição do Reino do Butão de 2008<sup>39</sup>, para consignar seu voto pela procedência da ação constitucional.

### 2.2.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

Verifica-se que os Ministros fundamentaram o deferimento da ADPF, principalmente, sob o enfoque de decisões das Cortes Constitucionais estrangeiras relacionadas ao tema. Somente o Ministro Marco Aurélio tomou o cuidado de escolher países latinos (Peru e Colômbia), que serviram de paradigmas para comparação, que têm a mesma família de direito do Brasil, romano-germânica, ou sistema jurídico parecido.

Entretanto não se identificou um método comparativo na argumentação dos ministros, mas sim, um simples argumento por analogia<sup>40</sup>, no qual se passa de um caso concreto para outro caso concreto, supondo-se que, devido ao fato de serem ambos os casos

<sup>39</sup> “...Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo)...”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 / RJ – Rio de Janeiro, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+132%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmf98ln>>. Acesso em : maio 2013.

<sup>40</sup> Segundo Anthony Weston, os argumentos por analogia partem de um caso ou exemplo específico para falar de outro exemplo, ponderando que, porque os dois são semelhantes sob muitos aspectos, também são semelhantes sob um aspecto mais específico. Para maiores detalhes ver WESTON, Anthony. **A Arte de argumentar**. Trad. Desidério Murcho 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

semelhantes em alguns aspectos, serão também semelhantes em outros mais específicos. Não se levou em conta elementos como a língua, o sentido do termo, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e políticos da sociedade.

Aos Ministros parece ser suficiente a menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros para que se tenha aplicada à metódica comparativa.

## **2.3 Rcl 6568/SP – SÃO PAULO**

### **2.3.1 Breve Descrição do Caso**

Trata-se de reclamação ajuizada pelo Estado de São Paulo, com a finalidade de resguardar a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395 violada pelo Vice-Presidente Judicial Regimental do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e pelo Desembargador relator do Dissídio Coletivo de Greve nº 814.597-5/1-00, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O relator, Ministro Eros Grau, votou no sentido de que a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao determinar a manutenção de apenas 80% do efetivo policial, teria violado o que decidira a Corte Suprema no julgamento do Mandato de Injunção nº 172. Nesse MI, a par de se reconhecer a mora do Poder Legislativo na regulamentação da matéria, determinou-se a aplicação, no âmbito da Administração Pública, do disposto na Lei nº 7.783/89, ressalvada, entretanto, a necessidade da fixação de determinados parâmetros, pelo Supremo Tribunal Federal, para o exercício do direito, tendo em vistas as peculiaridades do serviço público.

No entender do relator, contudo, este direito não seria absoluto, haja vista a existência de categorias às quais seria vedado o seu exercício, em virtude da necessidade de se prestigiar outros interesses de índole constitucional e de se garantir “as condições necessárias à coesão e interdependência social, às quais a prestação continuada dos serviços públicos é imprescindível”. Este seria o caso dos policiais civis, que – da mesma forma que os militares, aos quais é expressamente vedado o exercício do direito de greve – exercem atividades imprescindíveis à manutenção da ordem e da segurança pública. Nesses termos entendeu o Supremo Tribunal Federal julgar procedente a reclamação e prejudicado o agravo de instrumento regimental interposto pelo sindicato dos delegados de polícia do Estado de São Paulo, e, não conhecer do agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Trabalho.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> EMENTA: RECLAMAÇÃO.SERVIDOR PÚBLICO.POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE.SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS.COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO.ARTIGO 114, INCISO I,DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.DIREITO DE GREVE.ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.LEI N. 7.783/89.INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO.RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDATO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo.

2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça--- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária--- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil.

3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica ( II Seção da II Parte, Questão 64, artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é aregra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça--- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária--- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142,§ 3º,IV].

4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114. Inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl

### 2.3.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

O Ministro Relator, Eros Grau, afirmou que não deveria ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração somente o disposto na Lei nº 7.783/89. Mencionando a necessidade de assegurar a coerência entre o exercício de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, às quais a prestação continuada dos serviços públicos é imprescindível, afirmou que o direito de greve está integrado ao patrimônio jurídico dos servidores públicos, entretanto devido a peculiaridades das atividades que exercem não é absoluto.

A partir dessas considerações iniciais, o Ministro Eros Grau, fazendo alusão ao método comparativo, discorreu sobre jurisprudência estrangeira que enfrentou o tema do direito de greve de servidores públicos. Comentou que na Itália, a Corte Constitucional tem decidido pela impossibilidade do exercício de greve por certas categorias de agentes públicos<sup>42</sup>.

---

6568 / SP - São Paulo. Reclamação. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 21/05/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl+6568%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av6yn84>> Acesso em: maio de 2013.

<sup>42</sup> “...Breve exame de **precedentes no direito comparado** será expressivo de como a matéria é regulada em distintos sistemas constitucionais democráticos.

**Na Itália**, a Corte Constitucional tem decidido pela impossibilidade do exercício de greve por certas categorias de agentes públicos. Apreciou a sua aplicação a servidores incumbidos de funções de polícia judiciária e de segurança pública nas estradas. Afirmou ser necessária, em especial no que concerne a certas atividades, a imposição de medidas adequadas à proteção de valores fundamentais objeto de proteção constitucional, quais a preservação da vida e a defesa da Pátria.

A legislação italiana, corroborando as decisões da Corte, privou do direito de greve os militares e os policiais. Reconhecendo que os interesses a serem protegidos por esses agentes públicos são de extrema relevância, o legislador italiano proibiu-lhes o exercício desse direito em termos absolutos.

**Na Espanha** a limitação desse exercício pelos servidores públicos é disciplinada pelo artigo 28.2 da Constituição de 1978. Examinando a matéria, o Tribunal Constitucional definiu que o direito de greve deve ser relativizado em hipóteses que possam gerar situações de risco. Leis posteriores à Constituição espanhola de 1978 vedam o seu exercício pelos militares e policiais.

Há ainda precedentes, na jurisprudência espanhola, no sentido de admitir-se sua proibição legal aos agentes públicos armados, vez que suas funções não podem ser equiparadas às dos demais servidores públicos.

(....)

**Na França**, o Conselho Constitucional entendeu que o direito de greve há de ser limitado e restringido por diversos valores de índole constitucional, como o da continuidade do serviço público e o da segurança das pessoas de bens. Ao legislador cumpre definir tais limites do direito de greve, harmonizando a defesa dos interesses profissionais e a proteção do interesse público. Essas limitações podem inclusive consubstanciar a interdição do direito de greve dos servidores públicos que desempenham serviços essenciais.

Aludiu que a legislação italiana, corroborando com as decisões da Corte, privou do direito de greve os militares e os policiais. Reconhecendo que os interesses a serem protegidos por esses agentes públicos são de extrema relevância, proibiu-lhes o exercício desse direito em termos absolutos.

Comentou que há precedentes, na jurisprudência espanhola, no sentido de admitir-se sua proibição legal aos agentes públicos armados, vez que suas funções não podem ser equiparadas às dos demais servidores públicos.

Ainda comentou que na França, o Conselho Constitucional entendeu que o direito de greve há de ser limitado e restringido por diversos valores de índole constitucional, como o da continuidade do serviço público e o da segurança das pessoas e bens. Essas limitações podem inclusive consubstanciar a interdição do direito de greve dos servidores públicos que desempenham serviços essenciais.

Concluiu seu voto no sentido da procedência da reclamação, exortou a Corte para que não apenas afirmasse a proibição do exercício do direito de greve pelos policiais civis do Estado de São Paulo, “mas também de quantos outros servidores públicos que desempenhem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis- e à saúde pública”. O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, julgou procedente a reclamação.

---

O Conselho Constitucional proferiu decisões proibindo a certas categorias de servidores o exercício do direito de greve – servidores que atuavam em funções relacionadas à soberania do Estado ou cumpriam atividades estratégicas. Na França ele é vedado aos militares ( Lei nº 77-662, de 13 de julho de 1972, estatuto Geral dos Militares); aos membros das Companhias Republicanas de Segurança, a CRS ( Lei nº 47-2384, de 27 de dezembro de 1947); aos policiais ( Lei nº 48-1504, de 28 de setembro de 1948); aos funcionários das instituições penitenciárias (Lei nº 58-696, de 6 de agosto de 1958); aos juízes ( ordonnance nº 58-1270, de 28 de dezembro de 1958); aos trabalhadores dos serviços de transmissões do Ministério do Interior ( Lei de Finanças, de 31 de julho de 1978, artigo 14); aos engenheiros de estudos e de exploração da aviação civil ( Lei de 17 de junho de 1971).” (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6568 / SP - São Paulo. Reclamação. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 21/05/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl+6568%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av6yn84>> Acesso em: maio de 2013.

### 2.3.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

Verifica-se que o Ministro relator fundamentou o deferimento da Reclamação, principalmente, com base na apresentação do tratamento do direito de greve do servidor público no estrangeiro, sob o enfoque de decisões das Cortes Constitucionais estrangeiras relacionadas ao tema. Aparentemente, o Ministro relator tomou o cuidado de escolher países (Itália, Espanha e França), que serviram de paradigmas para comparação, que têm a mesma família de direito do Brasil, romano-germânica, ou sistema jurídico parecido.

Entretanto não se identificou um método comparativo na argumentação do ministro relator, mas sim, um argumento por analogia<sup>43</sup>, no qual se transita de um caso concreto para outro caso concreto, supondo-se que, devido ao fato de serem ambos os casos semelhantes em alguns aspectos, serão também semelhantes em outros mais específicos. Este procedimento tem como pressuposto o fundamento da justiça de tratar de maneira idêntica situações essencialmente semelhantes.

Diferentemente, o método comparativo no Estado Constitucional Cooperativo e na Teoria da Constituição como cultura, deve ser efetivado conforme as bases teóricas propostas por seu idealizador, Peter Häberle, ou seja, o método deve levar em conta elementos como a língua, o sentido do termo, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e políticos da sociedade. Esse método parece exigir um determinado procedimento, ou sequência, para comparação de elementos nacionais e estrangeiros, não parecendo ser suficiente a menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros para que se tenha aplicada à metódica comparativa.

## 2.4 HC 91676/ RJ – RIO DE JANEIRO

---

<sup>43</sup> Para maior detalhamento, ver nota de rodapé nº 28, ou WESTON, Anthony. **A Arte de argumentar**. Trad. Desidério Murcho 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005, p. 43-48.

### 2.4.1 Breve Descrição do Caso

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que condenou o impetrante pela prática do delito de estupro, com cumprimento em regime fechado. Este Tribunal deferiu provimento parcial ao recurso de apelação interposto pela defesa, desclassificando o crime para tentativa de estupro, e reduzindo a pena para quatro anos de reclusão, mantendo o regime fechado.

O impetrante afirmou que o processo era nulo por diversos motivos, dentre os quais se destaca o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, afrontando, assim, o princípio da presunção da inocência e a expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença. Também alegou que o acórdão do TJRJ não se encontrava devidamente fundamentado, o que feria frontalmente o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

No mérito, peticiona pela suspensão dos efeitos do acórdão, de forma que o impetrante possa aguardar em liberdade, com a respectiva expedição do salvo-conduto e recolhimento do mandado de prisão, até o trânsito em julgado da sua condenação. O Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu conceder o *Habeas Corpus*.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA TENTADA. PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO, QUE GUARDA NATUREZA CAUTELAR. RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO SUSPENSIVO DESTES QUE NÃO AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA NA PARTE CONHECIDA DO WRIT.

I- O Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência.

II- Paciente que permaneceu solto durante todo o curso processual, e cuja prisão foi determinada apenas por ocasião do julgamento da apelação.

III- Decisão lacônica que carece de maior fundamentação.

IV- Nulidades processuais, que não podem ser conhecidas sob pena de julgamento per saltum.

V- Impetração conhecida em parte, concedendo-se a ordem na parte conhecida para que o réu aguarde solto o julgamento dos recursos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91676 / RJ – Rio de Janeiro. Habeas corpus. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91676%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cd2qxea>>. Acesso em: maio de 2013.

### 2.4.2 Análise do Voto que Utilizou a Decisão Estrangeira

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, considera não ser compatível com o princípio constitucional da presunção da inocência a antecipação de cumprimento da pena e correlaciona seu entendimento à posição da jurisprudência alemã. Para isso, transcreve literalmente uma determinada passagem proferida pela Corte Constitucional alemã no ano de 1965<sup>45</sup>.

Argumenta que há uma tensão entre o direito de liberdade e a necessidade de efetiva persecução criminal, no âmbito do conceito da prisão provisória. Que há momentos que a prisão do eventual autor da conduta criminosa se faz necessária para apuração do efetivo inquérito policial, mas que se deve sopesar tal ação já que a supressão da liberdade de um indivíduo só deve ser aplicada para aqueles que cometeram um fato previsto como crime.

Assim, entende que na jurisprudência alemã só se aceita a intervenção no direito de liberdade, se por um lado, há dados concretos capazes de colocar em dúvida a presunção de inocência do acusado, e por outro, se a pretensão do Estado em esclarecer completamente o caso não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito.

Reforça seu posicionamento ilustrando a aplicabilidade dos direitos humanos pela Corte Constitucional alemã sobre a pena perpétua.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> “ A propósito, transcreva-se a seguinte passagem da decisão de 1965 proferida pela Corte Constitucional alemã: no instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado nos art. 2,II e o art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa presunção de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada da liberdade é um mal, que no estado de Direito que só se aplica àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado.

A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que, de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito. ( BVerfGE 19, 347-348)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91676 / RJ – Rio de Janeiro. Habeas corpus. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91676%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cd2qxea>>. Acesso em: maio de 2013.

<sup>46</sup> “No campo da luta contra a delinquência, é onde se estabelecem os mais altos requisitos de justiça, o art. 1º da Lei Fundamental determina a concepção da essência da pena e da relação entre culpa e expiação. O princípio



### 2.4.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

O Ministro expressa seu entendimento sobre o tema como idêntico à posição da jurisprudência alemã, citada literalmente em seu voto. Utiliza a jurisprudência alemã, que serviu de paradigma para comparação, que têm a mesma família de direito do Brasil, romano-germânica.

No voto do ministro não há um manejo dos conceitos jurídicos já existentes com o elemento cultural para a concretização constitucional. Não leva em conta a correlação entre constituição e cultura de uma sociedade, em certo tempo da sua história.

Não se identifica um cotejamento entre o instituto jurídico do sistema jurídico pátrio e o instituto jurídico do sistema jurídico estrangeiro utilizado. Não se vislumbrou um método comparativo, na argumentação do ministro, que se utilize de elementos sociológicos ou antropológicos, conforme preconiza Haberle. Há somente um argumento por analogia, como se as sociedades brasileira e alemã fossem idênticas a ponto de permitir uma simples transposição de decisões judiciais.

## 2.5 RHC 93172/SP – SÃO PAULO

---

“*nula poena sine culpa*” é dotado de hierarquia de um princípio constitucional ( BverfGE 20, 323 (331). Toda pena deve estar em adequada proporção com a gravidade do fato punível e a culpa do delinquente (BverfGE 6, 389 (489) 9, 167 (169), 20, 323 (331) 25, 285 s). O mandato de respeitar a dignidade humana significa especialmente que se proíbam as penas cruéis, desumanas e degradantes (BverfGE 1, 332 (348); 6 389 (439). O delinquente não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais ( BverfGE 28m 389 (391). Os pressupostos básicos da existência individual e social do ser humano devem ser conservados (BverfGE 45, 187)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91676 / RJ – Rio de Janeiro. Habeas corpus. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91676%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cd2qxea>>. Acesso em: maio de 2013.

### 2.5.1 Breve Descrição do Caso

O recorrente, denunciado pela prática de crime de roubo qualificado, impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob o fundamento de que a expedição de mandado de prisão só seria possível com o advento do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ainda mais quando pendente de recurso especial. A quinta turma do STJ negou a ordem.

Contra essa decisão foi interposto *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, o qual o recorrente reafirma os argumentos da ação impetrada no STJ, alegando que a justiça paulista não poderia ter expedido mandado de prisão quando ainda não foram esgotadas todas as instâncias.

Por fim, postulou a cassação da decisão denegatória do *Habeas Corpus* impetrado no STJ para que o recorrente continue em liberdade até o julgamento do Recurso Especial. O Plenário do Supremo Tribunal Federal acordou em dar provimento ao recurso ordinário em *Habeas Corpus*.<sup>47</sup>

### 2.5.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, discutiu o cabimento da emissão de mandado de recolhimento do réu ao cárcere antes de atingido o trânsito em julgado da

---

<sup>47</sup> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de ser impossível a execução provisória de pena privativa de liberdade, notadamente quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo (*Habeas Corpus* n. 84.078, Rel. Min. Eros Graus, Plenário, julgamento realizado em 5.2.2009).

2. Recurso provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 93172 / SP – São Paulo. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 12/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+93172%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/d7mup75>>. Acesso em: maio de 2013.

sentença penal condenatória, determinada pelo julgamento de recurso de apelação em segundo grau de jurisdição.

Para tanto utilizou, como exemplo, decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã acerca da aplicação de pena perpétua, com o objetivo de discutir a aplicação do princípio da dignidade humana no âmbito penal.

A decisão comenta que toda pena deve ser proporcionalmente adequada com a gravidade do fato punível e a culpa do delinquente. Diz que o mandato de respeitar a dignidade humana significa que é proibido a utilização das penas cruéis, desumanas e degradantes, pois os pressupostos básicos da existência individual e social do indivíduo devem ser preservados.

Por fim, fundamentando seu voto na importância que se confere ao princípio da dignidade humana, como postulado essencial da ordem constitucional, conclui afirmando que o estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações, para deferir a ordem de habeas corpus.

Ressalte-se que neste caso, somente Ministro Gilmar Mendes se utilizou de decisão estrangeira de uma corte constitucional.

### **2.5.3 Análise da Utilização do Método Comparativo**

O Ministro Gilmar Mendes, mais uma vez, expressa seu entendimento sobre o tema com o mesmo exposto pela jurisprudência alemã. Cita passagens literais da decisão da Alta Corte alemã em seu voto.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> “ A propósito, transcreva-se a seguinte passagem da decisão de 1965 proferida pela Corte Constitucional alemã: no instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado nos art. 2,II e o art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa presunção de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito.

A utilização de decisão estrangeira de corte constitucional é idêntica ao voto já mencionado anteriormente no HC 91676/ RJ – Rio de Janeiro.

No voto do ministro não se identifica elementos culturais tampouco um procedimento em que vise comparar institutos jurídicos provenientes de sistemas jurídicos distintos, ou seja, não se identifica a utilização de um método comparativo.

O Ministro utiliza a elementar transposição da decisão estrangeira da corte constitucional alemã em matéria penal para o sistema jurídico brasileiro com o objetivo de fundamentar seu voto.

## **2.6 RE 466343/SP – SÃO PAULO**

### **2.6.1 Breve Descrição do Caso**

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Banco Bradesco S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em julgamento de apelação, deferiu sentença de procedência de ação de depósito, baseada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor. O recorrente sustenta, conforme artigo 102, III, a, da Constituição Federal, que o acórdão impugnado teria infringido o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, de acordo com o

---

Por outro lado, a definitiva retirada da liberdade é um mal, que no estado de Direito que só se aplica àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado.

A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que, de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito. ( BVerfGE 19, 347-348)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 93172 / SP – São Paulo. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 12/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+93172%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/d7mup75>>. Acesso em: maio de 2013.

entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. O Plenário da Magna Corte, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.<sup>49</sup>

### 2.6.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes, pondera que os tratados e convenções internacionais devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas também com respeito ao seu conteúdo material, principalmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

Alega que a experiência de diversos ordenamentos jurídicos, como o europeu, demonstra que as Cortes Constitucionais são bastante cautelosas quanto à questão de apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais. Dá como primeiro exemplo o caso Maastricht na Alemanha e na Espanha<sup>50</sup>, onde os Tribunais evitaram a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos internacionais.

<sup>49</sup> EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343 / SP – São Paulo. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+466343%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adqnc7>>. Acesso em: maio de 2013.

<sup>50</sup> “...Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no caso Maastricht: "Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada." (Declaração do Tribunal Constitucional da Espanha de 1o de julho de 1992, caso Maastricht. In: LÓPEZ GUERRA, Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000, p.603). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343 / SP – São Paulo. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+466343%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adqnc7>>. Acesso em: maio de 2013.

Menciona um segundo exemplo de decisão da Corte Constitucional Alemã sobre o tema relacionado com recusa à prestação de serviço militar<sup>51</sup>. Neste caso, a Corte Alemã entende que a colisão entre direitos individuais e valores jurídicos constitucionais pode legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal, desde que a unidade da Constituição seja preservada.

Sob a premissa da possibilidade de uma colisão legitimar o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a uma reserva legal, expressa seu voto pelo não provimento do recurso.

### 2.6.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

O Ministro em seu voto destaca algumas legislações de outras jurisdições constitucionais, disserta sobre estudos de alguns doutrinadores estrangeiros e utiliza parca decisão de tribunais estrangeiros. Contudo, para o manejo do método comparativo, o aspecto cultural é de fundamental importância, pois os sistemas jurídicos são criações humanas, sendo resultado único da cultura de cada sociedade. Possuem particularidades próprias que exigem serem levadas em conta quando da aplicação do método comparativo.

Não se vislumbra em seu voto uma análise sobre a evolução histórica, ou sociológica, do instituto em debate com o objetivo de identificar as causas de seu desenvolvimento em diferentes sistemas jurídicos. Tampouco há um cotejamento normativo entre as ordens jurídicas diferentes.

---

<sup>51</sup> “A Corte Constitucional alemã, chamada a se pronunciar sobre o tema no caso relacionado com as recusas à prestação de serviço militar, assim se manifestou: “Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343 / SP – São Paulo. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+466343%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adqnc7>>. Acesso em: maio de 2013.

O Ministro aplica tão somente o argumento por analogia para as decisões estrangeiras, transpondo as decisões judiciais simplesmente, sem maiores considerações sobre as particularidades dos sistemas jurídicos aventados.

## **2.7 ADI 3510/ DF – DISTRITO FEDERAL**

### **2.7.1 Breve Descrição do Caso**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei da Biossegurança, especificamente contra o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105.

O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam a dignidade da pessoa humana, pois afronta a inviolabilidade do direito à vida, pois entende que o embrião humano é vida humana. Tal afirmativa parte da premissa de que a vida humana acontece a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente e o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário. Assim, no momento da fecundação, onde a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento. Também alega que a pesquisa com células-tronco adultas tem mais possibilidades de êxito do que a pesquisa com células-tronco embrionárias. O plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu totalmente improcedente o pleito.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA) . PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA.CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES

DESNECESSÁRIO QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional {ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraterno às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraterna legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de



Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

### 2.7.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, comenta as decisões da Corte Constitucional da Espanha sobre o tema, as de nº 53/1985 e nº 116/1999, que se pronunciaram no sentido de não existir titularidade do direito subjetivo à vida propriamente dito antes do nascimento. No entanto, entende que se extrai dos julgados daquela Corte que o bem jurídico vida deve ser protegido a partir do momento em que há uma vida humana. Proteção suficiente para produzir seus efeitos já na fase de vida pré-natal. Dessa forma, prolata seu voto no sentido de julgar parcialmente procedente a ação direta.

Também o Ministro Gilmar Mendes se utiliza de decisão estrangeira como base para afirmar que importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Então, cita o caso *Roe vs. Wade*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana, como também as decisões do Tribunal Constitucional Alemão nos casos sobre aborto, os quais utilizam do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente sobre o tema do aborto. Conclui seu voto no sentido de julgar improcedente a ação.

### 2.7.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

---

IX - IMPROCEDENCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 / DF – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3510%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajho5x2>>. Acesso em: maio de 2013.

Apesar dos Ministros fundamentarem o seu voto sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade utilizando decisões das Cortes Constitucionais estrangeiras, chegaram a resultados diferentes sobre a matéria em questão. Somente o Ministro Ricardo Lewandowski tomou o cuidado de escolher a Espanha para servir de paradigmas para comparação, uma vez que provem do mesmo sistema jurídico que o brasileiro. Já o Ministro Gilmar Mendes utilizou o habitual sistema jurídico alemão, mas inovou utilizando também o sistema jurídico americano, o qual provém de uma família de direito distinta da brasileira, ou seja, o *common law*.

Em seus arrazoados, não se levou em conta elementos culturais como a língua, o sentido do termo, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e políticos para utilização das decisões estrangeiras. A menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros foi suficiente para que se entenda aplicada à metódica comparativa.

## **2.8 HC 82959/SP – SÃO PAULO**

### **2.8.1 Breve Descrição do Caso**

O impetrante foi acusado da prática de crime contra a liberdade sexual. Condenado, interpôs apelação, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena.

Em *Habeas Corpus* (HC nº 23.920) impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, o impetrante argumentou que o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, já que não houve lesão corporal grave nem morte da vítima, ocorrendo apenas a violência presumida. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu acórdão indeferindo a ordem.

É contra este acórdão que o impetrante interpõe novo *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal alegando que o ato deveria ser considerado obsceno, e não, atentado violento ao pudor. Entende que a violência presumida contra menor de quatorze anos não qualificaria o crime como hediondo e que houve ausência de fundamentação no acórdão proferido pelo STJ. O Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de *Habeas Corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.<sup>53</sup>

### 2.8.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

Analizando o caso em tela, preliminarmente, o Ministro Gilmar Mendes discorre sobre algumas decisões estrangeiras que exemplificam o conceito de mutação constitucional, ou seja, uma autêntica modificação no entendimento jurisprudencial<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> EMENTA: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959 / SP – São Paulo. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82959+e+SP%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/celptm2>>. Acesso em: maio de 2013.

<sup>54</sup> ” Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico – em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "equal but separated" , Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade. Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema. A condenação de Dollree Mapp foi obtida com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes

Menciona o caso sobre o tema de regime da execução penal ocorrido em 1972 no direito alemão. Relata que segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários por meio de atos normativos secundários era considerado, inicialmente, compatível com a lei fundamental.

Assim, uma carta, escrita por um presidiário, dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários, foi interceptada, pois continha críticas à direção do presídio. A conduta justificava-se em uma portaria do Ministério da Justiça Alemão.

A decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã, neste caso, claramente demonstrou uma evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial, passando a exigir que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal<sup>55</sup>. Dessa forma, o ministro prolatou seu voto no sentido de deferir a ordem para que se devolvesse ao juízo de origem o exame acerca da progressão do regime.

---

federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas. A decisão de Mapp v. Ohio superou o precedente Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de habeas corpus. Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de habeas corpus, com fundamento na decisão do caso Mapp v. Ohio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959 / SP – São Paulo. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82959+e+SP%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/celptm2>>. Acesso em: maio de 2013.

<sup>55</sup> "O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse), que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição ipso jure da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo." (BVerfGE 33, 1 (12)). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959 / SP – São Paulo. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+82959+e+SP%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/celptm2>>. Acesso em: maio de 2013.

### 2.8.3 Análise da Utilização do Método Comparativo

Verifica-se que o Ministro Gilmar fundamentou o deferimento do *Habeas Corpus*, principalmente, com base na apresentação do conceito de mutação constitucional, sob o enfoque de algumas decisões das Cortes Constitucionais estrangeiras relacionadas ao tema. O Ministro utiliza, principalmente, as decisões da Corte Suprema Alemã, que serve de paradigma para sua comparação. Esta comparação é feita entre dois sistemas jurídicos semelhantes, uma vez que se originam da mesma família de direito, ou seja, a romano-germânica.

Entretanto não se identifica um método específico na argumentação do ministro, mas sim, um argumento por analogia, no qual se transita de uma jurisprudência para outra jurisprudência, entendendo-se serem casos semelhantes, devem ter a mesma consequência jurídica. Este procedimento tem como pressuposto o fundamento da justiça de tratar de maneira idêntica situações essencialmente semelhantes.

Parece que o ministro usa a jurisprudência alemã com força de autoridade científica, ou seja, o conhecido argumento de autoridade, aquele que se utiliza da lição de pessoa reconhecida em determinada área do saber para corroborar a tese do argumentante, e assim garantir a baixa possibilidade de pronunciamentos equivocados na questão discutida.

## 2.9 ADI 2797/DF – DISTRO FEDERAL

### 2.9.1 Breve Descrição do Caso

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, interposta pela CONAMP, na qual se questiona a validade jurídico-constitucional dos §1º e 2º que foram

acrescidos ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628, de 24/12/2002, cujo argumento é que o legislador ordinário, ao inserir estes parágrafos, acrescentou mais uma competência originária ao rol taxativo de competências dos tribunais.

Assim, a lide versa sobre a possibilidade, ou não, de o Congresso Nacional, sem violar o texto constitucional, mediante legislação comum modificar a competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> EMENTA : I. ADIn: legitimidade ativa: “ entidade de classe de âmbito nacional” ( art. 103,IX,CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP

1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal Federal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas “ associações de associações” – do rol dos legitimados à ação direta.

2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP- agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – a qualidade de “ associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva -, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

## II. ADIn : pertinência temática.

Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário – e, em consequência, entre os do Ministério Público.

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocadamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal- guarda da Constituição-, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento de Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignatário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal

## 2.9.2 Análise do Voto que utilizou a Decisão Estrangeira

O Ministro Gilmar Mendes coloca uma série de premissas antes de desenvolver seu voto. Uma delas está relacionada a não admissão do legislador ordinário ter sua liberdade totalmente tolhida pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tribunal. Exemplifica no fundamento do poder de conformação do legislador, o qual teve sua origem na jurisprudência do Tribunal Alemão, nos julgados relativos à ofensa ao princípio da igualdade.

---

introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1.No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarca a última pela Constituição, só a própria constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil ( CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignatários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal- salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. a competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos – a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crime de responsabilidade com o termo da investidura do dignatário acusado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797 / DF – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+2797+e+DF%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8stayl>>. Acesso em: maio de 2013.



Informa que a liberdade de conformação do legislador tornou-se quase uma cláusula geral para justificar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, considerando ser adequado e prudente que tais atos legislativos sejam novamente apreciados a partir de um dado contexto constitucional. Termina seu voto pela improcedência da ação direta.

Também o Ministro Celso Mello, em seu voto, alude para a atualidade do precedente histórico que a Suprema Corte Americana firmou no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Nesta decisão, a Alta Corte assinalou que suas atribuições originárias, delineadas no texto constitucional, foram concebidas com o propósito de opor a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, quando este legislar ordinariamente, com o objetivo de ampliar a competência daquele Tribunal. Assim, artigo III da constituição americana, tornou-se um instrumento de proteção do órgão de cúpula do poder judiciário, em face do poder legislativo daquela república. Desenvolve seu voto no sentido de julgar procedente a ação direta.

### **2.9.3 Análise da Utilização do Método Comparativo**

O Ministro Celso Mello apresenta, como aval, a autoridade do conhecidíssimo caso *Marbury v. Madison* para sustentar o seu posicionamento apresentado. Cita as controvérsias desse caso estrangeiro de forma a demonstrar a semelhança da situação no caso presente. O uso de um caso ocorrido há algum tempo cria um efeito, no discurso do ministro, de presunção de imparcialidade da autoridade e, conseqüentemente, de seu posicionamento acerca da tese que pretende demonstrar.

Entretanto, o ministro não atentou para as diferenças de épocas dos casos apresentados, nem da diferença de contexto jurídico e político no qual ocorreram, para apresentar seu posicionamento. Não se vislumbrou, em seu discurso, nenhum método comparativo, ou de direito comparado, no uso das decisões estrangeiras.

O Ministro Gilmar Mendes também não inovou em sua prática de usar a jurisprudência alemã como argumento de analogia para fundamentar seu voto, conforme vastamente discutido em votos anteriores.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das fontes do direito é a jurisprudência exarada dos tribunais, responsável pela evolução contínua da concretização das normas pelos órgãos judiciais. Sua força judicante está assentada no princípio da equidade, onde a justiça deve garantir sua efetividade à casos equivalentes, que guardam semelhanças em seu núcleo principal.

A utilização da jurisprudência estrangeira nos votos dos ministros da Corte Suprema é transformada em analogia quando um específico julgado é tido como parâmetro, ou paradigma, para alcançar a conclusão pretendida.

Comentando parte do julgado estrangeiro, o argumento impõe tratamento semelhante a seu caso da mesma forma do que recebido pelo paradigma. Há uma analogia implícita ao julgado estrangeiro na argumentação. E também muito sólida, uma vez que não é lógico que, para um mesmo instituto jurídico a ser aplicado, haja tratamento diferente para situações semelhantes.

A jurisprudência estrangeira tem também certa força de autoridade científica, na medida em que há uma presunção de que a decisão estrangeira posta como paradigma esteja fundada no bom direito e, conseqüentemente, havendo baixa possibilidade de pronunciamentos equivocados nas questões jurídicas.

No entanto, é sabido que, na prática do direito, não há se quer dois casos idênticos. A força da analogia está em conseguir aproximar os principais aspectos e valores distintos dos casos em cotejo. Persuadindo o interlocutor com a proporção que se intenta apresentar. Nota-se, assim, que a qualidade da comparação<sup>57</sup>, desses diferentes, é essencial para utilização da analogia.

---

<sup>57</sup> MCDOUGAL, Myres S. **The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order.** Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3483&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3483&context=fss_papers)> Acesso em: maio de 2013.

Nesse sentido, Peter Häberle desenvolve a ideia do método comparativo para cotejar decisões estrangeiras, ou seja, a par da Teoria da Constituição como Cultura o autor alemão propõe a criação de um método que leve em conta aspectos sociológicos e antropológicos dos casos em análise, introduzindo diversos elementos para este estudo tais como educação, ciência, artes, crenças, moral, leis, costumes e usos sociais<sup>58</sup>.

Entretanto, não é isso que se constata na pesquisa, ora em curso. Os julgados nacionais analisados que utilizam a jurisprudência estrangeira não levam em conta as diferenças culturais entre os países. Tampouco se as decisões provêm de sistemas jurídicos de origem diversa. A utilização das decisões estrangeiras, pela simples analogia, nos votos dos ministros da Corte Suprema brasileira nos permite inferir que há a pressuposto de que as questões jurídicas tratadas, tanto no âmbito nacional quanto no âmbito do país estrangeiro cotejado, são provenientes de uma comunidade que comunga de substratos culturais idênticos, e conseqüentemente, passíveis de serem comparados sem maiores cuidados analíticos.

Na década de 70, Alan Watson denominou este fenômeno, o movimento de uma regra ou um sistema de direito de um país para outro país, de Transplante Legal<sup>59</sup>. Este autor estudando vários sistemas legais atestou a enorme utilização dos transplantes legais ao longo do tempo. As normas teriam, para este autor, uma natureza nômade que provaria a falácia da relação próxima entre sociedade e lei. As alterações da lei não estariam relacionadas com o contexto social, histórico ou cultural de uma comunidade, mas sim, a uma simples questão de importação de regras de outro sistema jurídico. Assim, o estudioso do direito comparado deveria procurar a existência de regras semelhantes, não se preocupando em como elas operam dentro de uma sociedade específica.

O principal opositor de Watson, Pierre Legrand<sup>60</sup>, entende que não existe tal fenômeno denominado Transplante Legal, pois mesmo que uma sociedade utilize uma regra proveniente de outro sistema jurídico, a aplicação da norma se dará em um sentido diferente e,

---

<sup>58</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da, e GONTIJO, André Pires. **Pressupostos Epistemológicos e Metodológicos da Obra de Peter Häberle: Um Olhar desde o Brasil**. Disponível em: < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/search/titles?searchPage=8>> Acesso em : abril de 2013.

<sup>59</sup> VALDERRAMA, Irma Johanna Mosqueira. **Legal Transplants and Comparative Law**. Disponível em: < [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/international\\_law/revista\\_2/7.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/7.pdf)> Acesso em: abril de 2013.

<sup>60</sup> LEGRAND, Pierre. **The impossibility of Legal Transplants**. Disponível em:< <http://www.pierre-legrand.com/transplants.pdf>>. Acesso em: abril de 2013.

consequentemente, haverá uma mudança na forma de entender uma regra, a regra mudaria em si, não sendo mais mesma transplantada.

Christine Peter<sup>61</sup> também vê dificuldades consideráveis na utilização dos transplantes legais no direito constitucional devido à teoria de que o direito seria um espelho da sociedade<sup>62</sup>. Dessa forma, a lei seria apenas a consequência do espírito de uma sociedade que a instituiu para si mesma<sup>63</sup>.

Christine Peter<sup>64</sup> entende que as discussões sobre a metáfora dos transplantes legais têm como núcleo de análise o relacionamento entre Direito e Cultura. Alertando para as dificuldades para utilização dessa metáfora no âmbito do direito constitucional comparado, já que os textos constitucionais não só possuem normas de natureza de princípios, o que dificultaria a utilização dos transplantes legais, como também suas normas necessariamente se difundem por todo o sistema jurídico, havendo a necessidade de uma análise minuciosa das possíveis consequências da importação de tais regras estrangeiras. Alude, no caso de transplantes constitucionais, para a necessidade de criação de mecanismos de garantias para a importação do instituto recepcionado.

Peter Härbele<sup>65</sup> entende a Constituição como um contrato entre gerações expresso num texto constitucional que representa uma determinada cultura. A Constituição não seria somente um conjunto de normas jurídicas a incidir sobre uma sociedade, mas uma expressão cultural desta. Basicamente seria a memória de tradições e sabedorias culturais. Representando, assim, uma herança cultural e também suas aspirações futuras. Todos os integrantes desta sociedade são possíveis artífices da Constituição vigente de um Estado. Esta, para este autor, é a base para visão da Constituição como um reflexo da cultura.

Isso significa que determinados valores, tidos como necessários por uma determinada sociedade para a sua existência, tais como justiça, liberdade, segurança,

---

<sup>61</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>62</sup> EWALD, William. **Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants**, in American Journal of Comparative Law, vol. 43, ano 1995, p. 489 e ss

<sup>63</sup> LEGRAND, Pierre. **The impossibility of Legal Transplants**. Disponível em: < <http://www.pierre-legrand.com/transplants.pdf>>. Acesso em: abril de 2013.

<sup>64</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjurfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>65</sup> HÄBERLE, Peter. **Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura**. In: Anuário Latino Americano de Direito Constitucional. Buenos Aires, 2001, p.391.

dignidade, acabam tornando-se normas a serem garantidas por texto normativo constitucional. Assim, o autor alemão<sup>66</sup> alude para alguns elementos culturais constantes em quase todas as constituições contemporâneas como a dignidade da pessoa humana, a divisão dos poderes, a soberania popular, a independência do judiciário e etc.

Daí a necessidade de desenvolvimento de um método de raciocínio que permita analisar e intercambiar, quando possível, essas diferentes visões culturais de um mesmo fenômeno. Inicialmente, cotejaremos as ciências naturais com o objetivo de intuir uma noção inicial do que venha a ser um método.

Mas o que é um método? Um método é um roteiro de condutas repetitivas e inter-relacionadas que produzem conclusões cumulativas e progressivas<sup>67</sup>. Assim um método seria um conjunto de condutas distintas que se relacionam e que podem ser repetidas indefinidamente, entretanto seus resultados devem ser cumulativos e progressivos, e não repetitivos.

Um exemplo está nas ditas ciências naturais, onde o método incentiva a repetição das investigações científicas. Esta modifica a experiência em um acurado exame de observação, o qual será definido numa descrição. Caso haja descrições discrepantes, surgiram problemas a serem solucionados por descobertas. Apresentam-se essas descobertas em hipóteses, que permitem inferir implicações que sirvam como base para novos experimentos. Essas várias condutas relacionam-se entre si formando um esquema que orienta os cientistas para a forma correta de realizar uma investigação científica.

Por fim, os resultados são cumulativos e progressivos, uma vez que o andamento das experimentações produzem novas observações, novos dados e novas descrições que podem, ou não, confirmar a hipótese avaliada. Caso não confirmem, manifestam que a investigação está no rumo equivocado, levando à alteração da hipótese ou à uma nova descoberta, nova hipótese e novos experimentos. Essas novas descobertas são adicionadas às antigas de forma que a nova teoria expresse a visão nova como também incorpore o que era válido nas antigas teorias, tornando o método cumulativo e progressivo.

---

<sup>66</sup> HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2000.p. 33-34.

<sup>67</sup> MOLES, Abraham A., **A Criação Científica**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 3ª edição, 2010, p.67-160.

Havendo uma sucessão regular de descobertas, os resultados poderão ser considerados progressivos. Havendo a possibilidade de se realizar uma síntese de cada entendimento novo com os conhecimentos validados anteriores, os resultados poderão ser considerados cumulativos. Vale salientar que a descoberta e a síntese são independentes de regras e métodos, ou seja, podemos aumentar a possibilidade de surgimento destas, mas não assegurar seu surgimento, pois estas seguem leis estatísticas.

Este é, de forma abreviada, o funcionamento do método em ciências naturais. Ela é bastante específica para ser aplicada em outras disciplinas, mas nos permite visualizar, de forma rudimentar, o que é um método: um roteiro de condutas repetitivas e inter-relacionadas que produzem conclusões cumulativas e progressivas. O método não deve ser visto como um conjunto de condutas a serem seguidas irrestritamente, mas sim, como um conjunto de operações a facilitar o aparecimento da criatividade do pesquisador.

Em seu livro, Pablo Jiménez Serrano e Heitor Pinto Filho<sup>68</sup> desenvolvem uma noção generalizada de métodos de pesquisa no âmbito jurídico, entretanto utiliza a palavra método com significado de procedimento, diferente do utilizado nesta monografia, que é concebido como um roteiro de condutas repetitivas e inter-relacionadas que produzem conclusões cumulativas e progressivas.

Combinando alguns procedimentos de pesquisa apresentados por esses autores<sup>69</sup> com outros procedimentos apresentados na obra de Raymond Quivy<sup>70</sup>, de forma a criar um método nos moldes apregoados por esta monografia, chega-se a seis operações distintas, a saber: a pesquisa, a interpretação, a história, a dialética, as doutrinas e a sistemática.

A pesquisa torna acessíveis os dados importantes à investigação jurídica. Ela dedica-se à reunião dos dados relevantes a determinada questão ou problema, como a doutrina do professor Häberle sobre a questão dos Estados Constitucionais Cooperativos.

---

<sup>68</sup> SERRANO, Pablo Jiménez e FILHO, Heitor Pinto. **Manual Básico do Pesquisador, como escrever uma monografia jurídica**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 2001, p.67-122.

<sup>69</sup> Ibidem p. 112-122.

<sup>70</sup> QUIVY, Raymond e CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. Trad.: João Minhoto Marques. Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2008, p.20-28.

À medida que a pesquisa torna acessível aquilo que foi escrito, a interpretação depreende o que se queria dizer. Ela analisa esse significado em seu contexto histórico, partindo do nível de pensamento e das intenções do autor.

A história nos revela onde e quando uma pessoa, ou sociedade, agiu de determinada forma para satisfazer determinado interesse. Também pode nos revelar a cultura de um determinado povo relacionando sua linguagem, arte, literatura ou religião às suas instituições como família, costumes, sociedade, educação, Estado, leis, economia<sup>71</sup>.

A dialética está relacionada à concepção aristotélica, ou seja, à análise do conflito existente na realidade concreta, dinâmica e contraditória, encontrando vasto material tanto na história dos Estados quanto nas das instituições humanas. Pois, os movimentos históricos são marcados por conflitos tanto externos quanto internos, quer o consideremos como um todo quer o consideremos específico.

A dialética busca compreender, a partir de um ponto de partida, o caráter, as oposições e as relações dos vários pontos de vista encontrados nos movimentos históricos conflitantes, em suas histórias conflitantes e em suas interpretações conflitantes. O estudo desses pontos de vista leva a realidade às razões do conflito. A comparação permite visualizar em que ponto as diferenças se complementam e poderiam ser unidas em um todo, ou em que ponto se torna irredutíveis. Ou até mesmo, em que pontos poderiam ser consideradas como estágios de um único processo<sup>72</sup>.

Esses pontos de vista, ou doutrinas, expressam juízos de fato e juízos de valor. Dizem respeito, portanto, às afirmações e negações da dogmática. Recebem sua definição precisa da dialética. Os fatos e valores declarados pelas doutrinas dão origem a questões posteriores<sup>73</sup>.

Por fim, a sistemática tenta enfrentar essas questões. O objetivo é desenvolver sistemas apropriados de conceituação, eliminar as inconsistências e aproximar-se da apreensão do objeto.

---

<sup>71</sup> LONERGAN, Bernard. **Insight-um estudo do conhecimento humano**. Trad.: Mendo Castro Henriques e Arthur Mourão. São Paulo: É Realizações Editora, Livr., Distr. Ltda., 2010, p.221.

<sup>72</sup> LONERGAN, Bernard. **Insight-um estudo do conhecimento humano**. Trad.: Mendo Castro Henriques e Arthur Mourão. São Paulo: É Realizações Editora, Livr., Distr. Ltda., 2010, p.227.

<sup>73</sup> Ibidem p. 283-290.



Tais operações são apenas uma sugestão metodológica a serem utilizadas como o quinto elemento de interpretação, pois levam em conta as principais características apresentadas pelo teórico alemão de forma a recepcionar a Teoria da Constituição como produto de uma cultura.

A concepção inicial desse trabalho foi analisar como o STF aplicava a teoria de Peter Häberle em suas decisões com relação ao quinto elemento interpretativo. Entretanto os resultados acabaram levando a investigação de encontrar um meio de realizar este empreendimento. Privilegiou-se uma metodologia que permitisse dirigir as investigações de forma reflexiva, ou seja, a operação de conhecimento metódico deve passar primeiro pela investigação dos fatos para adquirir conhecimento sobre eles. Após isso, devemos interpretá-los, o que nos leva a história, e assim por diante, passando por todas as fases do método sugerido.

Com isso, tentou-se singelamente evitar a separação entre teoria e prática, realizada por Kant em sua filosofia da razão teórica e da razão prática, realçando a visão do todo e as concepções de ontologia.

## 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

EWALD, William. Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants, in **American Journal of Comparative Law**, vol. 43, ano 1995, p. 489 e ss

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. Trad. de Hector Fix-Fierro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Interpretación constitucional**. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid : Editorial Tecnos, 2000.

\_\_\_\_\_. **Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura**. In: Anuário Latino Americano de Direito Constitucional. Buenos Aires, 2001,p.391.

\_\_\_\_\_. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, jan. mar., 2000.

LEGRAND, Pierre. **The impossibility of Legal Transplants**. Disponível em:< <http://www.pierre-legrand.com/transplants.pdf>>. Acesso em: abril de 2013.

LONERGAN, Bernard. **Insight-um estudo do conhecimento humano**. Trad.: Mendo Castro Henriques e Arthur Mourão. São Paulo: É Realizações Editora, Livr., Distr. Ltda., 2010.

MOLES, Abraham A. **A Criação Científica**. Tradução: Gita K. Guinsburg. 3ª Edição, São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2010.

QUIVY, Raymond e CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. Trad.: João Minhoto Marques. Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2008.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SERRANO, Pablo Jiménez e Filho, Heitor Pinto. **Manual Básico do Pesquisador, como escrever uma monografia jurídica**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Metodologia de Estudos de Precedentes**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/84/57>>. Acesso em: outubro. 2012.

\_\_\_\_\_. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: novembro 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da, e GONTIJO, André Pires. **Pressupostos Epistemológicos e Metodológicos da Obra de Peter Häberle: Um Olhar desde o Brasil**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/search/titles?searchPage=8>> Acesso em : abril de 2013.

VALDERRAMA, Irma Johanna M. **Legal Transplants and Comparative Law**. Disponível em:<[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/international\\_law/revista\\_2/7.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_2/7.pdf)> Acesso em: abril de 2013.

WESTON, Anthony. **A Arte de argumentar**. Trad. Desidério Murcho 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.